

Direito do Consumidor - Visão Empresarial -

Antonio Carlos Esteves Torres

*Desembargador do TJ/RJ. Presidente do
Fórum Permanente de Direito Empresarial
- EMERJ.*

1 . DIREITO DO CONSUMIDOR - PRINCÍPIOS

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, já se aproxima da maioria e, em termos sistemático-legislativos e interpretativos, ainda suscita debate. Aliás, pertence ao mundo do reconhecimento geral a assertiva de que o confronto entre os fatos sociais e a materialização normativa nem sempre anda em compasso. Vale adicionar que, para lembrar a complexidade da análise, basta recordar que o direito do consumidor vem sufragado em densos cânones constitucionais, ao estilo impositivo de garantia fundamental, incisivamente exposto: art. 5º, inciso XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

A Constituição de 1988, embora com arroubos políticos de reinício democrático, é um diploma de reconhecida natureza diretiva dos destinos da sociedade brasileira e, neste particular, arremata este compromisso, conjugando-o aos princípios gerais da atividade econômica, constantes do art. 170, da Lei Maior, em que, mais uma vez, agora no seu inciso V, ratifica e ressalta a preservação da defesa do consumidor.

A diretividade das constituições, aspecto nem sempre perceptível a olho nu, levou o estudioso Canotilho a se socorrer, para ressaltar a dificuldade interpretativa e demonstrar-lhe a dimensão do grande alcance, de bela metáfora com a situação da serva da Trácia, idiotizada, diante da queda ao fosso de Tales de Mileto:

III - AS INCERTEZAS EPISTÊMICAS DA DIRECTIVIDADE CONSTITUCIONAL

1 - As incertezas epistêmicas da <<directividade constitucional>>

1.1 - A Constituição dirigente e o riso da mulher trácia

A Constituição dirigente, ou melhor, os textos constitucionais carregados de programaticidade — desde a velha constituição mexicana de 1918, até a Constituição brasileira de 1988, passando pela magna carta portuguesa de 1976 — estão num <<fosso>> sob o olhar implacável de muitos escárnios e mal-dizeres. Aos adeptos dos dirigismos e directividades vinculados através de normas — e sobretudo constitucionais — acontece hoje o que já aconteceu a Tales de Mileto há milhares de anos. São vítimas de risos irônicos semelhantes aos da mulher-sérvia da Trácia que correu aos gritos de socorro do astrólogo milésico caído num poço quando observa, à noite, as estrelas. Durante muito tempo, esta <<queda>> e este <<riso>> tiveram um relevante significado cultural: o descrédito dos teóricos — e dos construtores de utopias, acrescentamos nós — mais prestos a captar o mundo das estrelas do que a olhar as coisas da terra. O trágico da queda não estará, hoje, só na incapacidade de os mira-estrelas assentarem os pés no chão e tentarem compreender as armadilhas da praxis. Mais do que isso: o ruir dos muros revelou com estrondo que a queda não tinha sequer a grandeza do pecado. O poço onde se caiu não é uma cisterna em que a água brota cristalina das profundezas da terra, antes se reduz a uma simples cova, a um fosso banal lamacento e sem fondura. O riso irônico da serva trácia, esse transmuta-se em escárnio de multidões, e o olhar para longe fica prisioneiro da fragilidade de um chão aberto a terremotos.¹

¹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 2. ed., 2001, p. VIII.

Esse grau de profundidade filosófica corrobora o fato de as fórmulas consolidadoras desses altos e difíceis propósitos fixadores da ordem constitucional se materializarem na Lei nº 8.078/90, em especial nos designativos da política nacional de relação de consumo:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, ...”

Consta ainda deste dispositivo de insuspeitável abrangência dogmática, no inciso I, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, abrindo o leque de possibilidades protetivas desse direito a graus de incentivo à criação de associações representativas, desenvolvendo a tendência filosófica que lhe torna possível a defesa pelos caminhos da coletividade.

O art. 81 do CPDC especifica os interesses ou direitos difusos; coletivos e individuais homogêneos, realizando a inclinação jurídica que torna viáveis as reivindicações de detentores de metas indeterminadas, trazendo ao pensamento o antigo exemplo das caixas de fósforo que conteriam “em média” vinte palitos, não havendo quem se desse ao trabalho de contar, um a um, para saber se o continente guardava dezoito ou vinte e duas unidades. O certo é que, numa hipótese de conservação de dois palitos, para cada caixa, ao final de dez embalagens, o fabricante comporia uma, numa colaboração involuntária de quem, ao consumir o produto, acabava auxiliando o mais forte com um *plus*, por que teria que pagar o menos favorecido.

A defesa do mais fraco, numa relação entre desiguais em poder e força, remete ao fato de que as fórmulas dogmáticas preservativas dos direitos do consumidor já se encontravam latentes

em dispositivos como os dos arts. 2º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, pioneiramente, já previam a convalidação de diplomas legislativos, na existência concomitante; a preservação do império da lei; o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito e, o que mais nos interessa, para esta pequena exposição, os fins sociais a que o direito positivo se dirige, tendo em mira o bem comum.²

Em resumo, a movimentação social e legislativa das últimas décadas funciona como potencializador daquelas prerrogativas ao dar feições perceptíveis aos princípios da boa-fé objetiva, da salvaguarda da dignidade, saúde e segurança, sob a forma respeitadora da individualidade de cada e todo ser.

Entretanto, em termos de teoria econômica, o consumo — não apenas a circunstância capilar do exercício individual do consumidor — é um dos pilares vitais à mecânica da Economia, ao lado da produção. Sem precisar recorrer aos campeões desta ciência, como Max Weber, por exemplo, é tautológico afirmar que, se não houvesse consumo, não haveria produção e vice-versa. São faces de uma mesma moeda. Um encadeamento socioeconômico.

A legislação protetiva do consumidor — do consumidor, repita-se — desafia o poder interpretativo dos juízes, que, de um lado, não pode dispensar os princípios teóricos da ciência econômica, considerando o consumo como parte indissociável das relações da espécie, e, por outro, o atendimento aos critérios de proteção da parte mais vulnerável. Está dentro deste raciocínio, como se adianta em recente artigo da **Newsweek**, adicionar que a grande farra do consumo faleceu nos Estados Unidos. O grande fato do ano neste ramo é o fim do consumismo desenfreado. Pelo últi-

² Decreto-lei nº 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência; Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

mo quarto de século, os americanos mergulharam no descontrole consumerista sem precedentes. Foram carros, TVs, longas férias, quase tudo neste setor. As conseqüências foram profundas, não só para os Estados Unidos, mas ainda para o resto do mundo. E a passagem para alguma coisa diferente e desconhecida pode não ser para melhor.

Esta advertência sobre a conjuntura crucial na economia americana vai desafiar a futura administração do império debilitado.

Vê-se através deste pensamento emitido pelo experiente comentarista Robert J. Samuelson que a matéria de que estamos tratando sob o aspecto da reação do consumidor tem espectro muito mais largo e com óbvios reflexos nos procedimentos interpretativos da magistratura³.

Para que o intróito, que já se alonga, não se afaste dos liames e dos propósitos do trabalho, é bom lembrar que, em termos sociológicos, há menos de um sesquicentenário (120 anos para ser exato), muitas almas eram consideradas coisas, objeto do genocídio chamado escravidão. Para efeitos históricos, o período é um quase nada. Ainda hoje, o rescaldo do incêndio que a estupidez promoveu conserva brasas da recente tentativa de extinção a expandir calores de ameaças vivas. O mundo assiste — em parte modesta, estarecido — à tragédia de Simone Celestin, pobre haitiana escravizada por nobres e respeitáveis cidadãos da ensolarada Flórida Americana.⁴

³ *Newsweek*. May 26/June 2, 2008. P. 38: “Transfixed by turmoil in the financial markets, we may be missing the year’s biggest economic story: the end of the Great American Shopping Spree. For the ‘past quarter century, Americans have gone on an unprecedented consumption binge — for cars, TVs, longer vacations and just about anything. The consequences have been profound for both the United States and the rest of the world, and the passage to something different and unknown may not be an improvement ... Just why Americans went on such a tear is a much-studied subject. In a new book, ‘Going Broke’, psychologist Stuart Vyse of Connecticut College argues that there has been a collective loss of self-control, abetted by new technologies and business practices that make it easier to indulge our impulses. Virtually ubiquitous credit cards separate the pleasure of buying from the pain of paying. Toll-free catalog buying and Internet purchases don’t even require a trip to the store. Pervasive ‘discounting’ creates the impression of perpetual bargains.”

⁴ *Jornal do Brasil*, de 21 de maio de 2008, por Carmen Gentile (*The New York Times*): “Simone Celestin lembrou os repetidos maus tratos que sofreu nas mãos de sua família adotiva enquanto trabalhava para eles como empregada doméstica sem ser paga durante seis anos.

2. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR - REVOLUÇÃO - LIMITES

Todo avanço legislativo de contextura revolucionária - e não são poucos os autores que reconhecem na legislação consumerista esta natureza - reflete ordens e contra-ordens naturais das modificações impostas ao caminhar ordinário do progresso. Assim é que, com a Revolução Francesa, cedo, Girondinos e Jacobinos acabaram entrando em conflito a que se seguiu a morte de um Danton, de um Robespierre, de um Marat, quando todos pretendiam assegurar a liberdade quase completa, um mínimo de igualdade e a fraternidade possível.

No início do século passado, entre fevereiro e outubro de 1917, Bolcheviques e Mencheviques confirmaram a tese dos desarranjos entre partidários de mesmo um ideal. Para este último movimento, é bem de ver que mais de décadas após a sua eclosão, Trotsky, o dissidente do Stalinismo, foi executado em território mexicano, perseguido pelos seus adversários transcontinentais.

Sem a dramaticidade desses paradigmas históricos, aqui mesmo, entre nós, os ideais de Castelo Branco, ao inaugurar o regime de exceção de 1964, foram violentamente alterados pelos seguidores de 1968. Sem delongas, recorde-se que Geisel puniu torturadores integrantes de suas hostes. O episódio Herzog e o Gen. Edinaldo configuram ilustrações fidedignas da tese. O caso Riocentro não precisa de comemorativos mais extensos para ratificar a demonstração sociológica.⁵

Simone, 23 anos, contou à Corte Judicial do sul da Flórida que ela foi levada do Haiti para os Estados Unidos quando tinha 14 anos e nunca estudou. Revelou ao júri ter sido ferida com vassouras, com sapatos, disse que trabalhava 15 horas por dia, e era obrigada a dormir no chão e comer os restos.”

⁵ Na noite do dia 24 de outubro de 1975, Herzog, então diretor de jornalismo da **TV Cultura**, apresentou-se na sede do DOI-Codi (Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operações de Defesa Interna), em São Paulo, para prestar esclarecimentos sobre suas ligações com o PCB (Partido Comunista Brasileiro). No dia seguinte, foi morto aos 38 anos. Segundo a versão oficial da época, ele teria se enforcado com o cinto do macacão de presidiário. Porém, de acordo com os testemunhos de jornalistas presos na mesma época, Vladimir foi assassinado sob forte tortura. (Texto de autoria de Daelcio Freitas, retirado do site <http://educacao.uol.com.br/atualidades/ult1685u146.jhtm>, no dia 16.5.2008, às 12h50min)

A legislação consumerista que, inserida em arena de embates sociais, segundo os seus próprios artífices, precisou de meneios de inteligência para sua aprovação no Congresso, como lembram os autores do anteprojeto, *“A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o lobby dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevenindo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.”*⁶, também suscitou reações exacerbadas. Do lado dos consumidores, houve quem desenganadamente assegurasse que “agora podemos comprar e não pagar”. A aplicação da lei especial e revolucionária foi contestada com disputas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, como foi o caso das entidades financeiras, no julgado que se reproduz:

ADI-ED 2591/DF - DISTRITO FEDERAL

EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 14/12/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 13-04-2007 PP-00083

EMENT VOL-02271-01 PP-00055

Parte(s)

EMBTE.(S): PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 7ª Ed. 2001. p. 9.

OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador-Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amici curiae*. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.

Os princípios que regem a teoria dos contratos, como o império da manifestação da vontade e o da observância da boa-fé, mesmo com as exigências modernas de atendimento dos denomi-

nados direitos difusos, de última geração, não se extinguem. O que se passa a exigir é que, para a manutenção do equilíbrio, do sinalagma, a relação de reciprocidade existente entre a prestação e a contraprestação, no ajuste de interesses, mediante a intervenção estatal, a vulnerabilidade do consumidor seja compensada através de mecânicas como a exponenciação no direito positivo da responsabilidade objetiva que incide sobre a parcela de atuação dos produtores e fornecedores, que só afastam esta presunção, que dispensa se demonstre a culpa do agente provocador de dano, nas hipóteses de inexistência de nexo causal ou de culpa exclusiva da vítima, como previsto no art.12, do CPDC. Com estes parâmetros, instituíram-se as estacas da tutela dos direitos dos consumidores, garantindo-se a igualdade entre desiguais ⁷⁻⁸.

A velocidade dos meios modernos de comunicação e o encolhimento do globo terrestre passaram a exigir de todos os profissionais, especialmente os que operam no campo da sociologia jurídica, atenção redobrada para o exercício dos seus misteres, observando-se os critérios de manutenção do equilíbrio contratual, mesmo diante das fórmulas protetivas destinadas a eliminar os efeitos perversos da reconhecida vulnerabilidade dos consumidores.

⁷ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 32. ed., 1991. P. 46. “Modernamente viene pure riconosciuta tutela a quelli che si chiamano interessi diffusi; e si indica la protezione che l’ordinamento riconosce, nel campo pubblicistico (ES. Rispetto ai mezzi di comunicazione sociale) e nel campo privatistico (tutela del consumatore: v. infra in nota alla pag. 191), a interessi che sono della comunità nel suo complesso”. P. 191. “Si ha illecito extracontrattuale o aquiliano (2043 e ss.) se si viola un diritto o una situazione giuridica tutelata in modo assoluto, cio è verso tutti i consociati; *si ha illecito contrattuale o da inadempimento (1176, 1218)**se si viola il diritto relativo(4)*”. P. 615. **L’INTERVENTO PUBBLICO NELLE CONTRATTAZIONI PRIVATE.**

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19. Na moderna concepção da função social do contrato, agasalhada pelo CDC, a boa-fé assume feição diferente da tradicional. Em vez de se localizar no plano subjetivo da formação do consentimento, ela se desloca para o plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações ...Essa concepção objetiva da boa-fé se prende ao regime atual da sociedade de consumo e das contratações de massa, onde as condições contratuais são pela própria conjuntura fruto de regras unilaterais impostas pelo contratante que detém o controle do negócio.

Mas, como já se entendia, antecedendo o afã preservativo e indiscriminado de segmentos identificados como vulneráveis na sociedade, o consumidor nem sempre sofre resultados maléficos simplesmente por ser considerado a parte mais fraca numa relação. Antes das alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 1939, as regras sobre abuso de direito, previstas no art. 160 do Código Civil de 1916, eram transportadas para o cenário processual, com a repulsa das atuações anormais, com respeito a qualquer exercício de direito. Hoje, o procedimento está consolidado, seja pelo alcance dos artigos 14, 17 e 125, do CPC, mas ainda pela própria dogmática presidente das alterações introduzidas no Código Civil de 2002, especialmente com atinência aos comandos dos artigos 186, 187, 422, 927, cujos princípios se encontram inseridos na ordem processual, com o trânsito pelas regras especificadas na Lei nº 8.078/90, que também faz remissão aos ditames processuais, como dispõe expressamente o seu art. 90.⁹

Para a consecução dos objetivos de interpretação, no exercício das funções jurídicas, cumpre, assim, observar que não se afastou a disciplina legal teórica do contrato, com os seus elementos objetivos conformadores da tessitura social, juridicamente preservada. Entretanto, como leciona Theodoro Júnior, embora o juiz tenha “...mais flexibilidade para aplicar o princípio da boa-fé

⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *In Abuso dos Direitos Processuais*. Coordenação de José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93/99. Uma vez que o Código Civil, editado em 1916, agasalhava expressamente a teoria do abuso de direito como fonte de responsabilidade civil (art. 160), a teoria do abuso de direito processual, desde então, passou a procurar apoio nos princípios do direito civil, caracterizando-se por ser fruto de obra sobretudo da doutrina ...Foi com o Código de Processo Civil Nacional (Dec-lei 1.608, de 18.9.39), que o abuso de direito processual mereceu tratamento amplo e genérico, recebendo conceituação e repressão específica ...Embora com diversos traços comuns ao abuso de direito material, o abuso de direito processual, à luz do Código de 1939, merecia da doutrina análise que lhe destacava contornos e detalhes próprios ...O Código de 1973, atualmente em vigor no Brasil, evitou invocação genérica dos vícios do ato processual à luz da nomenclatura do direito civil (dolo, coação, simulação, fraude etc.). Deu, porém, maior expressão ao dever e veracidade, ampliando-o, subjetivamente, para a conduta não só das partes mas de todos os que intervêm na relação processual, e alargando as dimensões do dever de probidade ... Ao juiz, o Código, ao mesmo tempo, acentuou os poderes de direção do processo e da instrução probatória (arts. 125 e 130), e ressaltou a sua submissão ao “princípio da probidade” ...

objetiva...” não há de considerar a fórmula “...uma panacéia de cunho moral a ser indiscriminadamente aplicada...”¹⁰ a ponto de desrespeitar um modelo jurídico.

Em uma determinada ocasião, no caminho inverso da saúde desta estação dogmática, o consumidor atraiu o Ministério Público para uma ação indenizatória, porque um determinado CD de uma dupla de cantores, vendido, a início, com a promessa de um sorteio de passagem para Miami, vencido o prazo para o concurso, embora largamente comunicado que o período de inscrição se encerrara, continuara a ser vendido. O pilantra determinou que filhos, mulher, sogra e vizinhos adquirissem o produto e pleiteassem, via Ministério Público, a indenização pela perda da oportunidade de viajar ao paraíso de emergentes no alpinismo social.

Logicamente, embora após todo o percurso processual, longo e desgastante, a improcedência deste pleito veio como forma limitadora da falsa idéia de que o consumidor estaria dispensado — ele, também — de atuar com boa-fé.

É vez não raro em reuniões familiares festivas, destravada a mente pelo poder etílico, coletarem-se declarações sobre a falibilidade administrativa de entidades atuantes no setor de seguro saúde, para a tentativa de consecução de propósitos indecentes, sob a égide de reparação por dano moral, em situações forjadas nos escaninhos da vilania.

Nada de novo sob o sol (Eclesiastes 1:9)... Histórias como tantas outras. Nesta seqüência, e ainda com base na vida e nos processos:

1º caso: Uma senhora que se submeteria a uma cirurgia de fêmur para implantação de prótese, cuja aquisição correria por sua conta, como efetivamente ocorreu, já que o plano de saúde não cobria este fator, ouviu a seguinte pérola de seu genro advogado:

— Não há problema . Compre a prótese e, depois, no Judiciário, conseguimos o ressarcimento e até um danozinho moral ...

¹⁰ Op. Cit. Direito do Consumidor, p. 21.

2º caso: Narra um funcionário de companhia de seguros de automóveis: o segurado estava inadimplente há três meses, quando ocorreu o sinistro. Em antecipação de tutela, o juiz determinou o pagamento da indenização, o que foi devidamente cumprido.

Ao julgar o feito, o magistrado acolheu o pedido de procedência, mantendo a antecipação e determinando que o autor pagasse os meses em atraso, devendo a seguradora emitir os respectivos boletos. Ocorre que, com a inadimplência trimestral, o contrato deixara de figurar no sistema, não sendo possível gerar qualquer boleto pela companhia. O juiz determinou, então, a emissão do boleto em 48h, sob pena de desobediência, gerando um grande impasse: como emitir o boleto se não havia mais o contrato? E mais, em sentença, o magistrado fundamentou a decisão assim: já que a indenização fora paga em tutela, julgo procedente ...

3. O EMPRESÁRIO - A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Esses desacertos, esses conflitos de entendimento se amoldam às conseqüências dos movimentos sociais considerados revolucionários. Para dirimir litígios jurisprudenciais e dogmáticos, é preciso retornar ao âmago ontológico da matéria, valendo lembrar, mais uma vez, que o fundo filosófico que comanda a legislação especializada tem natureza constitucional e o seu compromisso com a efetividade levou o legislador constituinte a ratificá-lo no art. 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e determinar que, em cento e vinte dias, a contar da promulgação da Lei Fundamental, o Congresso elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Em decorrência, estava chancelada a vestimenta sociológica de gala do diploma que estava por vir, ressaltando-se a relação com a sociedade antes mesmo da relação com o consumidor, especificados, nesta altura, os parâmetros significantes e significados, continentes e conteúdos. Os autores do anteprojeto, mais à frente, ressaltariam a importância da boa-fé como princípio dominante no microssistema do Código de Defesa do Consumidor ou, nas próprias palavras dos juristas, “um princípio síntese da

ratio protetiva dos consumidores”, o que “em nosso tema poderíamos afirmar que o aqui denominado ‘diálogo sistemático’ é o diálogo dominante ou o fenômeno síntese da nova visão dos ‘conflitos de leis no tempo’. Sendo assim, se nossas observações na parte primeira do artigo já eram sobre ‘diálogos’ no sistema, queremos agora analisar os outros dois tipos de diálogos sistemáticos: um diálogo de influências recíprocas sistemáticas entre estas duas leis e a adaptação do sistema, com uma possível redefinição do campo de aplicação do CDC, ao sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, e uma possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas com o uso do CDC, no que diz respeito, por exemplo, à contratação conforme a boa-fé e ao combate das cláusulas abusivas.”¹¹

Estavam aí lançadas as bases para que a relação empresário/consumidor se encontrasse no caminho do fim social da empresa. Repetindo o dogma, a relação se desenvolve com vistas à composição do tecido social, buscando efetivo equilíbrio entre os poderosos e os mais fracos, ajustando as diferenças através do catalisador legal. É bem de ver, no que Claudia Lima Marques acolheu como sendo diálogo das fontes, inspirada em lições europeias, que esta “conversa” entre sistemas, consumerista (especial) e civilista (geral), transita, mais uma vez, pelo aconselhamento da Lei de Introdução ao Código Civil, dessa vez na determinação de que “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” (art. 2º, § 2º).

Por alguma razão inexplicável, esta regra basilar não vem sendo claramente utilizada para situações que, às vezes, repetem até a mesma redação. É só ler o conteúdo do art. 461, do CPC, e do art. 84, do CDC. O texto é o mesmo: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” Neste diapasão, embora com os cuidados equipa-

¹¹ MARQUES, Claudia Lima. Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Ed. 2006.

rativos de situações diversas quanto ao poder econômico ou social, como já dito acima, a autonomia da vontade não está revogada. As partes ainda contratam porque querem. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, como assevera a Constituição, em seu art. 5º, inciso II.

É certo que a velocidade do progresso social, cada vez mais intensa, acabou por exigir fórmulas mais expeditas e eficazes de contratação. É impossível imaginar-se, sequer, que uma loja de departamentos, para vender escovas de dentes ou colares de pérola, discuta com cada interessado nos produtos as cláusulas do encontro de suas vontades. O que um lado deseja é vender e o outro, comprar. Está nesta declaração simplória, diante das circunstâncias especiais da massa, o berço dos contratos de adesão que, no entanto, não podem quedar-se ao talante da parte mais bem estruturada, que se obriga a observar, não só os princípios da boa-fé objetiva, a que alude o art. 422, do Código Civil¹², mas, ainda, estar em congruência com o sistema nivelador de situações díspares, sujeitando-se os resultados maléficos aos efeitos da nulidade nos moldes do art. 51, inciso IV, do CDC¹³.

Observados estes parâmetros, vale recordar que o empresário, de um modo geral, se defronta com gigantescas dificuldades para conceber, instalar, fazer funcionar o seu negócio para, atendendo às necessidades do consumidor - insista-se, atendendo-se às necessidades do consumidor, corolário da função social do seu mister - que possa almejar o lucro, com que passará a fazer face às suas necessidades. Nesta altura, surge a comunhão de vontades, repisando-se, observados aqueles itens equiparadores das condições. Os doutos têm identificado, na atividade empresarial, a incidência das regras que orientam a teoria do custo social e a teoria do risco integral. Se a teoria do risco social desguarnece a

¹² Código Civil. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹³ Lei 8.078/90. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ... IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

aura de interesse da parte mais fraca, a do risco integral torna-se excessivamente injusta para quem se entrega às atividades empresariais.

A teoria da responsabilidade objetiva, que dispensa indagações sobre a atuação culposa do responsável pelo dano, não é absoluta na espécie de relação. Nem se poderia admitir que assim fosse porque, como se expõe no art. 14, do CDC, não se perquire sobre a culpa “pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”, abrindo-se, entretanto, a possibilidade de afastar a responsabilização quando o fato não existir ou a culpa pela ocorrência for da vítima ou de terceiro¹⁴.

Para a concepção desses valores, seria necessário ingressar no exame das necessidades humanas, que não podem definir-se de forma apartada das condições sociais, embora seja muito difícil estabelecer um limite específico entre necessidades, desejos e preferências.

A soberania do consumidor depende de condições decisivas, porque fica entre a concorrência no mercado e a racional liberdade de escolha. A concorrência força as empresas a oferecer produtos e serviços de qualidade e a preço justo. Busca-se uma combinação entre qualidade/preço, que atraia o consumidor, o qual se supõe que seja livre para eleger o que compra. E, ao fazê-lo, deve se comportar com liberdade, mas não de forma caprichosa ou irracional.

Se, de um lado, a concentração empresarial às vezes deriva concorrência monopolística, por sua parte, os consumidores não atuam normalmente segundo as pautas de liberdade e racionalidade que se esperam do ente humano, porque carecem de conhecimentos técnicos, mas também porque não possuem

¹⁴ Lei 8.078/90. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência e culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

capacidade para processar a enorme quantidade de informações disponíveis. Não se movem tão só por motivos racionais mas por outros motivos de caráter sentimental ou simbólico, relacionados com outros valores que orientam seu comportamento. Por isso, a soberania do consumidor não deve estar submetida a uma atitude puramente passiva por parte do produtor. A relação produtor/consumidor tem caráter recíproco, em que os interesses explícitos ou implícitos devem seguir o caminho da boa-fé. São interesses legítimos, fato que não oferece óbice para reconhecer que os interesses do consumidor têm caráter de maior altura, porque estão mais diretamente afeiçoados à dignidade da pessoa. Em contas resumidas, a soberania do consumidor deve ser entendida como a necessidade de garantir a prioridade da pessoa que busca satisfazer suas necessidades mas não como se toda a iniciativa numa relação comercial houvera de ser reservada a uma das partes. Nesta tarefa influenciam, com papel essencial, os direitos do consumidor.¹⁵

Como se vê, com estas observações tiradas do livro **Ética de La Empresa**, o exame de questões que tratam desta delicada relação, faz subir o grau de responsabilidade de qualquer participante no mundo jurídico, em especial, a do juiz.

4. ESPECIFICIDADE DA TEORIA SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A IMENSA GAMA DE CUSTOS. A PREVISIBILIDADE DO IMPREVISÍVEL. RAZOABILIDADE

¹⁵ CAMACHO, Ildelfonso; FERNÁNDEZ, José L. e MIRALLES, Josep. **Ética de La Empresa**. Bilbao: Unijes, 4. ed., 2006, p. 172/174. “No vamos a entrar en el examen del concepto de necesidades humanas ... Es más, es difícil establecer una frontera nítida entre necesidades estrictas y deseos o preferencias: en principio aquéllas tienen una exigibilidad objetiva de la que carecen éstos últimos, pero son más bien los deseos y las preferencias del consumidor los que orientan su comportamiento ... Dos condiciones parecen decisivas: la competencia del mercado y la libertad y racionalidad del consumidor. La competencia fuerza a las empresas a ofrecer productos(bienes o servicios) DE calidad y a buen precio: buscan una combinación calidad/precio que atraiga al consumidor, el cual supone que es libre para elegir lo que compra ... ambas partes tienen intereses implícitos en esa relación ... Y ambos intereses son legítimos. Esto no es óbice para reconocer que los intereses del consumidor son de carácter superior ... En resumidas cuentas, la soberanía del consumidor debe ser entendida como la necesidad de garantizar la prioridad de la persona que busca satisfacer sus necesidades ...”

É incontável a gama de passos que um aspirante às atividades empresariais precisa dar para que seu negócio atinja o ponto de viabilização de retorno de investimentos. De quando em vez, notícias comparativas sobre a duração das etapas a serem percorridas neste mister revelam o imenso abismo burocrático que o empresário brasileiro tem de vencer. Aponta-se um período mínimo de cinco a seis meses para que a mecânica de um comércio se instale.¹⁶ É o contrato social; é a autorização especial, para segmentos controlados e fiscalizados nos moldes de fabricação de fogos ou de exploração de pedreira; é o alvará de licença, só concedido por normas de postura municipais com a adequada localização; são os compromissos sociais e trabalhistas; é o crédito; são obrigações e pagamentos...

Em recente abordagem cinematográfica, um diretor londrino, Ken Loach, retratou as dificuldades por que passam imigrantes ilegais na Inglaterra, vítimas de jovem empresária inescrupulosa, que se aproveita de suas condições irregulares, para pagar-lhes, quando lhes paga, salários de ficção e, como explica o realizador da película-verdade: Ela vai perdendo seus princípios morais dentro de um sistema, de uma globalização econômica, que corrompe tudo. No final, a personagem acaba utilizando os imigrantes ilegais, não paga impostos e só aspira a ganhar dinheiro. Em geral, caberia dizer que, para ganhar muito dinheiro, tem-se que cometer ilegalidades¹⁷.

Este resumo, contundentemente genérico e comum, se aplica, lamentavelmente, a qualquer rincão da Terra e a qualquer tipo de gente. É a natureza humana. É a abjeta “ordem natural das coi-

¹⁶ Em cálculo de 2005, não havendo modificações de importância até este ano de 2008 em que, mesmo assim, o país atinge um grau razoável na atração de investidores, demora-se 152 dias para abrir uma empresa no Brasil ante dois na Austrália e quatro nos Estados Unidos.

¹⁷ EL PAÍS, 9.2.2008, Vida & artes, p. 36, por Miguel Angel Villena. “... el británico Ken Loach ha filmado una grande historia sobre inmigrantes ilegales en Londres ... una empresaria joven y sin escrúpulos ... ‘está en línea con el espíritu de los tiempos’, Ella va perdiendo sus principios morales dentro de un sistema, de una globalización económica, que lo corrompe todo. Al final, el personaje termina utilizando a inmigrantes ilegales, no paga impuestos y solo aspira a ganar dinero. En general, cabria decir que para ganar mucho dinero hay que cometer ilegalidades.”

sas”... a mesma que justificou (e justifica?) a escravidão, o lenocínio, a droga... e *così via*... Ficamos na tautologia da obrigatória possibilidade do imprevisível ficto.

Diante das necessidades do consumidor e das disponibilidades econômico-financeiras do “mais forte”, nada poderia figurar como “mais justo” do que o equilíbrio compensatório que sustenta a proteção do “mais fraco”, corporificado na dogmática da diferença do direito do consumidor, exponenciada a teoria da boa-fé objetiva.

5. DETERMINISMO RESPONSABILIZADOR. EXISTÊNCIA DO FATO DANOSO. IMPERCEPTIBILIDADE DA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. OPERAÇÕES BANCÁRIAS. OPERAÇÕES DE SEGURO

Embora este seja o cenário em que se desenvolvem as relações comerciais, num percentual assustador, o fato é que há comerciantes, fornecedores e produtores, comprovadamente honestos e observadores do princípio da boa-fé objetiva.

A razão deste voto interpretativo de confiança é que, em se tratando de empreendimentos que tenham por escopo a perenidade, só através da qualidade técnica e moral se consegue mantê-los.

Um bom produtor de vinhos tem como apanágio de seu sucesso a manutenção da qualidade do material com que trabalha. Aliás, para este tipo de atividade, o passar do tempo e a permanência das características do bom produto vinícola são os sustentáculos da boa reputação e da viabilidade de lucro. O lucro não é pecado. As vinícolas promovem excursões turísticas com a finalidade de demonstrar como trabalham, desvendando — o quanto possível — os segredos e mágicas da arte.¹⁸

O negócio familiar-artesanal luta para a manutenção de sua marca ou nome comercial (de empresa), através da preservação da qualidade da produção e da fixação adequada de preços. E, na

¹⁸ A tradição de Louis Latour começa em 1731. Conceituada em todo o mundo, a Maison Louis Latour é uma das mais respeitadas na Borgonha, tendo construído sua reputação pela tradição e inovação na arte de elaborar vinhos.

parte superior da pirâmide produtora, os grandes conglomerados, os megaempreendimentos, as organizações multinacionais atuam da mesma forma, do que uma fotografia significativa é o recolhimento de exemplares saídos de suas linhas de montagem para, sem custos para o adquirente, reajustes e consertos de defeitos que ponham em risco estes valores intangíveis da dignidade e do bom nome. As diligências de *Recall*¹⁹ são comuns nos dias de hoje.

Para esses empreendimentos honestos e entusiasmados com a boa imagem de seus produtos ou serviços, a tal “ordem natural” das coisas é cruel. A manutenção da qualidade adiciona um custo extra às realizações, influenciando nos preços. Os tributos (na hipótese de veículos automotores, por exemplo, a carga tributária vai além de 30% do custo geral); as obrigações sociais (o emprego formal e regular também acrescenta significativa exasperação das despesas de um empreendimento); os gastos na aquisição de insumos, manutenção e reposição de instrumentos, bens de capital, além das despesas de instalação e de operação da atividade, como acima se expôs, tornam as iniciativas empresariais um verdadeiro vórtice no caminho do bom sucesso.

As exigências do direito regulatório, cujas agências interferem na economia interna de cada organização, impondo-lhes fórmulas de atuação, de contratação, de comportamento, exacerbam os custos e, inevitavelmente, se refletem nos preços dos produtos ou serviços.²⁰

¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3. ed, 1999, p. 1.715. *Recall*. Convocação que o fabricante ou distribuidor faz ao consumidor, para retorno de produto já vendido, no qual se descobriu, posteriormente, defeito ou problema.

²⁰ Lei 9.472/97. Art. 93. O contrato de concessão indicará: I - objeto, área e prazo da concessão; II - modo, forma e condições da prestação do serviço; III - regras, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço, bem como de sua qualidade; IV - deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço; V - o valor devido pela outorga, a forma e as condições de pagamento; VI - as condições de prorrogação, incluindo os critérios para fixação do valor; VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão; VIII - as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; IX - *os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária*; X - *a forma da prestação de contas e da fiscalização*; XI - os bens reversíveis, se houver; XII - as condições gerais para interconexão; XIII - a obrigação

Para os campeões da decência, o direito do consumidor não poupa surpresas. Ora, o comprador de um vasilhame de azeite, recolhido das gôndolas dos supermercados, deixa-o cair e, na tentativa de afastar do caminho os perigosos detritos de vidro, escorrega e cai, ferindo-se, exigindo-se indenização; ora, o contratante acometido de grave doença ajusta seguro saúde, ocultando a patologia, que, logo à frente, exigirá exames, internações e procedimentos exorbitantemente caros; ora, o adquirente de uma realização fonográfica, percebendo que um determinado lote de cds ostenta erroneamente os indicativos das faixas e dos artistas que nele figuram, compra todo o estoque de um fornecedor, utilizando-se de familiares, vizinhos e outros “colaboradores”, para, logo adiante, reivindicar as indenizações pelo defeito do produto, o que, no mais das vezes, vem acompanhado do indefectível pedido de reparação por danos morais.

O empresário está, assim, entre duas placas de torno que se movem, comprimindo seu comportamento e atividades, nem sempre de forma justa. Os exemplos acima lançados, ao léu, foram tirados de processos e ações tradutores desta realidade inegável: rememora-se a tese de que os contratos, mesmo os de natureza consumerista, não estão dispensados da preservação do equilíbrio entre as partes deles participantes, considerando-se ato ilícito o excesso dos limites impostos pela aura de boa-fé e salvaguarda dos bons costumes, infringentes do fim econômico e social da avença, como se extrai do art. 187, do CC,²¹ aplicável subsidiariamente, em razão principiológica, aos casos do CPDC, cujo art. 7º ressalva a admissão da incidência de outros diplomas legislativos, dos princípios gerais do direito, da analogia, dos costumes e da equidade.

Theodoro Júnior, a esse respeito, ressalta a prevalência de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que

de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas na licitação; XIV - as sanções; XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais. Parágrafo único. *O contrato será publicado resumidamente no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia.*

²¹ Art. 187, do Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

sintetiza a matéria: “Nosso ordenamento jurídico, nem mesmo após o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), alberga pedido de rescisão contratual baseado no próprio inadimplemento”²².

O trabalho dos juízes está inexoravelmente submetido a complicadores de interpretação e de aplicação do direito que tornam a missão de fazer justiça indizivelmente mais pesada, mais técnica, menos compreendida e respeitada.

É curioso como, em pleitos revisionais de contratos financeiros, a matéria juro é tratada sem a menor cerimônia e com surpreendente desfaçatez.

Compreende-se que os operadores do direito estejam dispensados do grau de doutores em economia ou matemática financeira. Mas não se admitem as falhas e deslizes cometidos em pedidos e mesmo em decisões completamente dissociados dos conceitos do que seja preço do dinheiro, funções da moeda, taxa de juros, anatocismo, comissão de permanência, custo de serviço, de modo a englobá-los confusamente com o intuito de fazer surgir a falácia do abuso financeiro.²³ Um outro canal de entrada para o cometi-

²² *Op. Cit.* P. 45.

²³ Trecho de decisão proferida na Apelação Cível 2007.001.25599, na 10^ª Câmara Cível do TJ/RJ, tendo, como Relator, o Des. Antonio Carlos Esteves Torres: “A matéria versada nestes autos vem sendo objeto das mais acendradas disputas e, não raro ciclotímicas, como se colhe de trabalho publicado na **Revista da EMERJ**, por Marcos Cavalcante de Oliveira, as decisões judiciais podem ser comparadas *àquilo que os psicólogos costumam chamar de desordem dissociativa de identidade, que é uma doença em que a pessoa tem dois ou mais estados de personalidade, que recorrentemente assumem o controle da consciência do indivíduo*. A Capitalização de juros, ainda sob o enfoque do trabalho do especialista, obedece a prazos de apuração e prazos de pagamento, tendo-se em mira sempre que, quando se fala, por exemplo, em juros legais, a apuração deve ser de forma simples, até o seu efetivo pagamento. Mas quando a fonte da obrigação é um negócio jurídico, a manifestação da vontade prevalece na apuração e pagamento do preço do dinheiro. Assim, a obrigatoriedade de capitalização não é automática, mas sim, dependente da declaração de vontade das partes. Neste ponto, surge o episódio do refinanciamento dos juros adquiridos pelo credor que, como diz o especialista, *Ao contrário, a lógica dos juros simples pressupõe que os prazos de aquisição dos juros e seu respectivo pagamento são iguais. O devedor do mútuo paga a parcela de juros na mesma periodicidade em que eles são incorridos, ele não perde nada. Apenas cumpre sua obrigação. O credor que recebe no vencimento, por seu turno, também não tem nenhum ganho extraordinário, apenas recebe aquilo que se pactuou que lhe era devido. Mas é óbvio que, recebendo o pagamento dos juros, ele pode reaplicar o montante recebido no seu negócio e, com isso, gerará novos ganhos sobre aquele valor. Se*

mento de ilícitos em busca de ganhos fáceis é o mau uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Como se colhe dos artigos 28, do CDC, e 50, do CC,

Lei 8.078/90. Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º (VETADO)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Código Civil. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

o mutuário deixa de pagar os juros ao credor ao término do respectivo período de apuração, surge uma situação curiosa, pois o devedor poderá reinvestir o valor dos juros devidos e não pagos e o credor ficará privado dos juros já adquiridos (e pelos quais, como se verá, terá até de pagar imposto de renda). Numa situação dessas há um descompasso entre as partes, com nítido favorecimento do devedor. A capitalização dos juros é o único mecanismo capaz de restaurar o equilíbrio que surge quando o mutuário não paga os juros na mesma velocidade em que o credor os adquire.”

Essa transposição, no mais das vezes, só é admitida mediante exame da incidência das condições que a preconizam, o que, numa primeira vista, torna dificultada a manutenção da tese da responsabilidade objetiva, adotada, principiologicamente, pelo CDC. Para este particular, só dependem do exame da culpa os casos em que se envolvam sociedades coligadas, aquelas cuja participação no capital de outra é de 10% ou mais, sem relação de controle²⁴.

Seja de que forma for, os operadores do direito, no afã de recuperar os créditos de seus clientes, e alguns juízes, para tornar mais célere (apressada?) a resolução de processos, acabam por atropelar conceitos e alargar considerações jurídicas nem sempre adequadas ao deslinde do impasse. Márcio Tadeu, jovem competente jurista (e a juventude interpreta o futuro da modernidade para as dificuldades conceituais do presente), no calor de sua produção corajosa, embora admitindo a validade da tese, demonstra ressentimentos quanto ao mau uso das fórmulas de análise do fenômeno responsabilizador dos administradores, porque não "... se pode dizer o mesmo dos mecanismos através dos quais está se implementando a sua responsabilização..."²⁵.

6 - CONCLUSÕES

6.1 - A salutar abrangência do direito do consumidor - sua raiz e razão constitucional

Portanto, a convivência perfeitamente confortável de normas e princípios editados pela lei geral, Código Civil, com os do CPDC, atua no sentido de ratificar os propósitos sociais das leis e dos contratos. É natural que um diploma de vanguarda, no sentido de suplantar conhecidos obstáculos no caminho do estabelecimento da real igualdade, provoque reações e contra-reações comuns a todos os movimentos revolucionários. Mas a origem constitucional e a permanente presença de princípios só nitidamente compreen-

²⁴ Lei 6.404/76. Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. § 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

²⁵ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 428.

síveis em instâncias do direito natural auxiliam a tarefa de efetivação dos propósitos consumeristas.

6.2 - O equilíbrio do contrato

As fórmulas preservativas do equilíbrio entre os participantes de relação consumerista compensam a fraqueza do consumidor para equipará-lo, em força, ao poderoso empresariado, fornecedor ou produtor, na relação que os une. E só. Porque os profissionais do direito não podem se olvidar de que o descompasso entre as diligências equiparadoras pode fazer pender favoravelmente para os interesses do lado mais fraco a balança da injustiça.

6.3 - A proteção à parte mais fraca não desguarnece o produtor ou fornecedor de suas prerrogativas

O consumidor está tão jungido aos efeitos da boa-fé objetiva como o produtor ou fornecedor. As partes, neste particular, estão obrigadas igualmente, sem exceções. Aí reside o centro dos desafios postos ao mister de julgar. O equilíbrio a ser garantido pelo julgador não pode se render a qualquer prevalência de um lado ou do outro. Nem a superioridade técnica e econômica do fornecedor/produtor pode justificar, por si só, a tomada de posições preconcebidas contra o mais forte, nem a reconhecida vulnerabilidade do consumidor deve ser considerada como um pano de fundo invariável, a construir cenários de má interpretação jurídica.

6.4 - O abuso do direito do consumidor. A dupla face do art. 187, do Código Civil

Vê-se da leitura do art. 187, do CC, aplicável, em termos genéricos, às circunstâncias das relações consumeristas, que esta obrigação de ordem moral, materializada no direito positivo, se estende a ambas as partes da relação. É o caminho da técnica legislativa para interpretação conveniente à finalidade equiparadora entre desiguais.

As decisões judiciais, neste particular, já se demonstram pacificadas quanto à salvaguarda dos critérios de manutenção dos aspectos de equilíbrio:

Processo

RMS 8860/SP

RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

1997/0060082-3

Relator(a)

Ministro DEMÓCRITO REINALDO (1095)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

06/10/1998

Data da Publicação/Fonte

DJ 30.11.1998 p. 47

LEXSTJ vol. 116 p. 99

Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE 1º E 2º GRAUS

SUPLETIVOS. SUPERVISÃO. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CONSUMIDORES

DEMOCRÁTICOS. FALTA DE ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS.

DENEGACÃO DA SEGURANÇA CONFIRMADA, EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO.

É de ser confirmada a decisão denegatória de segurança impetrada por sociedade civil, com a finalidade de obrigar a supervisão de curso de 1º e 2º Graus, se a recorrente, além de não comprovar a violação de direito líquido e certo, tampouco comprova a existência de ato ilegal ou que tenha sido praticado com abuso de poder.

Recurso a que se nega provimento, sem discrepância.

Processo

REsp 514080/RS

RECURSO ESPECIAL

2003/0031813-1

Relator(a)

Ministro BARROS MONTEIRO (1089)

Órgão Julgador
T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento
23/09/2003

Data da Publicação/Fonte
DJ 09.12.2003 p. 292

Ementa

CONTRATO BANCÁRIO. ABERTURA DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS.

APLICAÇÃO DO CDC. CONTINUIDADE NEGOCIAL. REVISÃO CONTRATUAL

POSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

- Possibilidade de, havendo continuidade na relação negocial, revisarem-se as cláusulas do contrato desde a sua celebração.- “Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor.” (REsp 453.782/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

- O simples fato de o contrato estipular a taxa de juros remuneratórios acima de 12% a.a. não significa, por si só, vantagem exagerada ou abusividade. Necessidade que se evidencie, em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira. Recurso especial conhecido e provido.

Processo

AgRg no REsp 857587/PR

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2006/0066310-1

Relator(a)

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)

Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento

03/12/2007

Data da Publicação/Fonte

DJ 12.12.2007 p. 417

Ementa

CARTEIRA HIPOTECÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. SÚMULA

596 DO STF.

- Nos contratos celebrados pelo sistema de carteira hipotecária livre - fora do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) - os juros remuneratórios cobrados pela instituição financeira não se submetem às limitações da Lei da Usura.

- A restrição dos juros remuneratórios pela incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da flagrante comprovação do abuso, verificada caso a caso.

2008.001.03167 - APELAÇÃO CÍVEL

DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES - Julgamento: 20/02/2008 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO. DÍVIDAS CANCELADAS. COMUNICAÇÃO DO EPISÓDIO AO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO SERVIÇO. REGULAR PROVIDÊNCIA DO BANCO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE ABALO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. MERO DISSABOR. IMPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Já se tornou clássica a inteligência de Cavalieri, no seu Responsabilidade Civil²⁶, sobre a superestimação de incômodos variados e desprovidos de força ofensiva, para os efeitos censuráveis dos ganhos ilícitos em dissensões consumeristas:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamen-

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2005, p. 105.

to psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

6.5 - O excesso interpretativo das condições de desconstituição da personalidade jurídica

A leitura dos arts. 28, do CPDC, e 50, do CC, aponta para circunstâncias carentes de exame mais acurado, tais como abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, desvio de finalidade e confusão patrimonial, cuja configuração só é possível mediante produção de prova. Em muitas situações, a intenção ou o desejo de ressarcimento ou de ganho ilícito transpassa os limites do significado deste instituto de inegável validade mas de perigosa aplicação. Sócios, pessoas físicas e sociedade, pessoa jurídica, mantêm, ainda, as suas diferenças estruturais e dogmáticas, só dissolvidas mediante a verificação daquelas condições descaracterizadoras da personalidade jurídica, carentes, por sem dúvida, de análise profunda e cuidadosa.

6.6 - Os parcos conhecimentos sobre juros e mecânicas financeiras

Não fora a má-fé dos que se aproveitam da diferença entre fornecedores e consumidores, para a adoção piegas e chantagista da filosofia para propósitos censuráveis, consciente ou inconscientemente, muitos argumentos se apóiam em conceitos e definições sobre juros e mecânicas financeiras para vergastar as entidades que operam neste campo delicado. É comum dar-se configuração de crime ao anatocismo, tal a carga negativa que o vocábulo produz. No entanto, e ainda mais diante da vigência da Medida Provi-

sória nº 2.170-36/2001²⁷, o cômputo de juros sobre juros, mesmo mensalmente, é admitido. Idêntico mecanismo é utilizado para as cadernetas de Poupança. Quanto a estas últimas, não há reclamações dos poupadores ...

Não é recomendável olvidar a extirpação da celeuma sobre a limitação dos juros a 12%, do art. 193, da Lei Maior. Insustentável, diante da realidade filosófica e negocial dos anseios da sociedade:

Com a promulgação da Constituição de 1988 surgiu o art. 192 da Constituição, cujo § 3º pretendia limitar os “juros reais” a 12% ao ano.

Desde cedo, os melhores doutrinadores brasileiros se manifestaram contra este dispositivo e afirmaram sua ineficácia enquanto não fosse regulamentado.

.....
No meio do debate, o Presidente da República publicou um despacho aprovando Parecer do Consultor-Geral da República, que entendia que o mencionado § 3º do art. 192 da CF não seria auto-aplicável e, conseqüentemente, deveriam ser cumpridas as normas anteriormente editadas quanto ao SFN, até que este viesse a ser regulado pela futura lei complementar. Na mesma linha de entendimento, o Banco central do Brasil baixou a Circular nº 1.365, de 6 de outubro de 1988, informando às instituições financeiras que: “As operações ativas, passivas e acessórias das instituições financeiras e demais entidades sujeitas à autorização de funcionamento e fiscalização por parte do Banco central do Brasil permanecerão sujeitas ao regime das Leis nº 4.595, de 31.12.64, 4.728, de 14.7.65, 6.385, de 7.12.76, e demais disposições legais e regulamentares vigentes.”

²⁷ Medida Provisória nº 2.170-36/2001. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

.....
Não obstante isso, algumas decisões dos tribunais estaduais insistiam na tese da limitação dos juros das operações do mercado financeiro a 12% a.a., pelo que o Supremo Tribunal Federal, em 24 de setembro de 2003, veio a editar a Súmula nº 648, que diz: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.”²⁸

Nesta esteira,

Finalmente, depois de tantas e tão vaiadas manifestações, o entendimento mais recente dos tribunais tem convergido para a orientação do Supremo Tribunal Federal, como se vê nos exemplos abaixo:

Superior Tribunal de Justiça: AgRg. no REsp. nº 540.881-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, publicado no DJ em 08.11.2004(p.239): “A Lei de Usura não se aplica às instituições financeiras, de sorte que não há abusividade apenas porque cobrada do mutuário taxa superior a 12% ao ano. Aplicação da jurisprudência uniformizada da 2ª Seção (REsp. nº 407.097/RS, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, DJU DE 29.09.2009)”.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação Cível nº 2004.001.26373, rel. Des. Humberto de Mendonça Manes, 5ª Câmara Cível, julgado em 09.11.2004: “Contrato bancário. Juros. Com o advento da Lei nº 4.595/64, revogou-se a Lei de Usura na parte em que limitava a taxa dos juros de mútuos celebrados por instituições financeiras e, com a falta de regulamentação da norma do § 3º do art. 192 da CF, assentou-se o entendimento de que a sua fixação ocorre e conforma o mercado (Súmula nº 596 do STF). Confirmação,

²⁸ OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 381, 382, 383.

em apelação, da sentença indeferitória do pedido revisional da taxa de juros.”²⁹

Um outro aspecto de freqüente ocorrência nos julgados nacionais é o que se refere aos problemas advindos do uso de má-fé subjetiva por parte de segurados e beneficiários que omitem, quando do contrato inicial, a existência de quadro patológico em estado avançado e que figura como o estímulo único para a contratação. No mais das vezes, cientes de que hão de despende quantias de alto valor para a obtenção de tratamentos sofisticados, os segurados passam a tentar as intervenções médicas prescritas, não como o resultado natural da álea caracterizadora dos contratos de seguro, mas sim, como fator pretérito, perfeito e acabado, a necessitar de cuidados médicos efetivos e indispensáveis, ao estilo das avenças de prestação de serviço, com a inevitável contraprestação pelo atuar médico.

As operadoras de planos de saúde, a despeito de se equivocarem em ocasiões já constantes dos repertórios jurisprudenciais, como nas hipóteses de uso incontornável de próteses cardíacas, ainda não conseguiram equacionar os impasses deste jaez, dando margem a uma alentada cadeia jurisprudencial em desfavor da tese preservadora de itens de exclusão de serviços e produtos:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC.

PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS.

- Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa

²⁹ *Idem, ibidem.* P. 384

de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

- A quantia de R\$ 5.000,00, considerando os contornos específicos do litígio, em que se discute a ilegalidade da recusa de cobrir o valor de “stents” utilizados em angioplastia, não compensa de forma adequada os danos morais. Condenação majorada.

Recurso especial não conhecido e recurso especial adesivo conhecido e provido.

(REsp 986.947/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJ 26.03.2008 p. 1)

PLANO DE SAÚDE - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE STENT - POSSIBILIDADE.

- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.

(REsp 896.247/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.11.2006, DJ 18.12.2006 p. 399)

No entanto:

2006.001.61468 - APELACAO CIVEL

DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES - Julgamento: 06/02/2007 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL

PLANO DE SAÚDE. PRÓTESE. CONCEITO ESTRITO. INDISPENSABILIDADE. CONTRATO COM CLÁUSULA DE NÃO ACEITAÇÃO. INADMISSIBILIDADE EM CASOS ESPECÍFICOS. TESE JURÍDICA DISCUTÍVEL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DECISÃO. IMPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO.

2007.001.02428 - APELAÇÃO CÍVEL
DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES - Julgamento:
06/03/2007 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA EXCLUSIVA DE PRÓTESE. ABUSIVIDADE INDUTIVA DE NULIDADE. NECESSIDADE INTRÍNSECA DA IMPLANTAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. IMPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

6.7 - O papel social do bom empresário e o do mau empresário

Nem sempre o empresário é aquela figura covarde que se aproveita da fraqueza do consumidor e utiliza-se de meios fraudulentos para a consecução do lucro ilícito. Há os bons empreendedores que, desejando manter a reputação de seu negócio, sabem perfeitamente que só se atingirá esse objetivo, preservando-se a qualidade do que se produz e a dignidade do comportamento. Os que assim não pensam, no mais das vezes, ficam pelo meio do caminho e destroem a imagem e as oportunidades. Acabam com a vida. Não duram muito. É bem como adverte Max Weber em clássica passagem sobre o mercado:

*A garantia da legalidade do parceiro na troca baseia-se, em última instância, no pressuposto, geralmente feito com razão por ambas as partes, de que cada um dos dois esteja interessado também no futuro na continuação das relações de troca, seja com este parceiro, seja com outros, e de que por isso cumprirá as promessas dadas e evitará pelo menos violações graves da boa-fé. Desde que haja semelhante interesse, vale a máxima: honesty is the best policy ...*³⁰

6.8 - A separação do joio do trigo. A função judicante

Nesta espécie de abordagem, a separação do joio e do trigo é a função mais importante do magistrado, que tem que estar preparado para apreciar estes valores e aplicar as normas e prin-

³⁰ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver Téc. De gabriel Cohn. Brasília: Universidade de Brasília, 3. ed., 2000, p. 420.

cípios que lhe sejam correspondentes, não se deixando levar pela falsa impressão ideológica de que o consumidor tem razão sempre, invariavelmente. Quem tem razão sempre é o cliente, que mantenha a compostura incensurável dos homens de bem, evitando o emprego de expedientes desonestos e aproveitadores, via de abuso de direito perpetrado pelo consumidor, como parte vulnerável.

Esta é a mensagem da manifestação. 